

Tilburg University

Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2012

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2012). Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2012(6954), 903-909.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Verschenen in: WPNR 6954 (2012), p. 903-909)

Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris

T.F.E. Tjong Tjin Tai¹

1. Inleiding

De aansprakelijkheid voor medewerking aan wanprestatie of onrechtmatige daad is een betrekkelijk onderbelicht vraagstuk in de doctrine. In dit artikel zal ik een poging doen dit iets verder uit te werken vanuit het perspectief van zorgplichten. De aanleiding hiertoe is een uitspraak van de tuchtrechter voor het notariaat die beroering heeft teweeggebracht.² Deze uitspraak lijkt te impliceren dat een notaris geen medewerking mag verlenen aan wanprestatie, en daarmee een verbintenissenrechtelijk beding de facto niet te verbreken is en zagezegd 'goederenrechtelijke werking' krijgt. In eerdere artikelen³ is deze kwestie benaderd vanuit de aard van goederenrecht en verbintenissenrecht. Mij is verzocht primair vanuit verbintenissenrechtelijke invalshoek hier op in te gaan. Ik zal evenwel beginnen met het brede perspectief, nu dat ook betekenis heeft voor andere gevallen. Vervolgens zal ik dat toespitsen op de rol van de notaris.

2. Zorgplichten van beroepsbeoefenaren, in het bijzonder de notaris

In het Nederlands recht wordt aangenomen dat op (rechts)personen zorgplichten rusten, zowel binnen als buiten overeenkomst. Zulke zorgplichten houden in essentie in dat er met de belangen van derden rekening moet worden gehouden. De mate waarin dit nodig is, hangt af van allerlei omstandigheden, waarbij met name de aanwezigheid van een contractuele band zwaar weegt, echter niet doorslaggevend is. Zorgplichten kunnen bijvoorbeeld verplichten tot geven van informatie of waarschuwingen, nemen van extra voorzorgsmaatregelen, doen van navraag, het nalaten van benadelende handelingen.

¹ Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University.

² Hof Amsterdam 24 mei 2011, LJN BV2685.

³ R.M. Wibier, 'De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht - opnieuw een nederlaag voor het recht', WPNR 6922 (2012), N.C. van Oostrom-Streep, 'Hoe de tuchtrechter de aard van kettingbedingen vervormt: een oproep tot koerswijziging', WPNR 6930 (2012).

Bij beroepsbeoefenaren worden veelal zwaardere eisen gesteld: in de jurisprudentie wordt bij gelegenheid gesproken over zwaarwegende of bijzondere zorgplichten. Voor notarissen in het bijzonder zijn er diverse zwaarwegende en bijzondere zorgplichten aangenomen.⁴ Er zijn zwaarwegende zorgplichten die verplichten tot meer controles dan bij gewone schuldenaren. Deze worden gerechtvaardigd door het grote belang dat is gemoeid bij de typische notariële werkzaamheid, het passeren van een akte.⁵ Daarnaast zijn er bijzondere zorgplichten die het karakter van een verzwaarde *Belehrungspflicht* lijken te hebben; zij verplichten ertoe een cliënt ernstig te ontraden een zekere rechtshandeling te verrichten.⁶

Naast contractuele zorgplichten zijn er ook buiten-contractuele zorgplichten.⁷ Soms liggen deze in het verlengde van contractuele zorgplichten: een voorbeeld is de aansprakelijkheid jegens beoogd erfgenamen ingeval van een onjuist of te laat vervaardigd testament.⁸ Hiertoe kan men ook rekenen post-contractuele zorgplichten, zoals de op een adviseur rustende verplichting om een vroegere cliënt te wijzen op de mogelijkheid een optierecht uit te oefenen (ofschoon dat voor zijn cliënt van dat moment nadelig is), of die vroegere cliënt erop te wijzen dat hij bij de onderhavige transactie niet diens belang behartigt.⁹ Daarnaast kan het gaan om derden die belanghebbende zijn bij het juist opmaken en passeren van een akte.¹⁰ Ik ga voorbij aan andere (notariële) handelingen zoals advisering en dergelijke.¹¹ Tot slot – en dit is omstredener, en alhier onderwerp – kan het gaan om derden wiens belang geschaad wordt door het passeren van een akte. Hoe zit het daarmee?

⁴ D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2002, Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA), Kluwer: Deventer 2007, hfdst. 6.

⁵ HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (Cezet), r.o. 3.3 en verdere jurisprudentie, zie Tjong Tjin Tai, diss., par. 6.3.1, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV*, nr. 202.

⁶ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden), r.o. 3.3.

⁷ E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. Tilburg, Boom: Den Haag 2001, en 'Notaris en zorgplicht jegens derden', WPNR 6586 (2004), Tjong Tjin Tai, diss., par. 6.4.

⁸ Van den Akker, diss., p. 149-150.

⁹ HR 2 februari 2001, NJ 2002, 379 (Vonk Beheer), r.o. 3.4, al. 3. De Hoge Raad vereist voorts dat de adviseur zich ervan bewust was dat de vroegere cliënt dit optierecht over het hoofd zag.

¹⁰ HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (Cezet), r.o. 3.3.

¹¹ Zie bijv. HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 594 (Van Stiphout).

3. Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad: wetenschap

In het algemeen geldt er een buiten-contractuele zorgplicht die behelst dat eenieder bij zijn handelen rekening moet houden met de belangen van derden.¹² Deze zeer algemene norm vindt concretisering in tal van soorten onrechtmatige daden. Een bijzondere categorie is het meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad.¹³ Hier wordt relatief weinig aandacht aan besteed; veelal concentreert men zich op het verwante, maar niet hiermee samenvallende, onderwerp *profiteren* van wanprestatie of onrechtmatige daad.¹⁴ Eveneens een andere vraag is wanneer wanprestatie een onrechtmatige daad oplevert jegens een derde.¹⁵

In dit artikel zal ik slechts ingaan op gevallen waarin iemand wel heeft meegewerkt, maar niet rechtstreeks profijt trekt van de fout, behoudens eventueel in de vorm van een normale vergoeding voor zijn activiteit. In het strafrecht heet dit ‘medeplichtigheid’, waarvoor als criterium geldt dat de handeling het misdrijf heeft bevorderd,¹⁶ al dan niet door verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen.¹⁷ In het privaatrecht geldt als noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid jegens derden op grond van meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad dat er sprake moet zijn van bekendheid of voorzienbaarheid: het moet voor de ‘medeplichtige’ voorzienbaar zijn geweest dat zijn activiteit de wanprestatie of o.d. bevorderde.¹⁸ De eis van wetenschap geldt immers ook voor het *profiteren* van wanprestatie of o.d.,¹⁹ en daar is er vanwege dat profiteren eerder reden om

¹² Tjong Tjin Tai, diss., p. 99, 139-141, 146-147, met verwijzingen.

¹³ Zie nader Van den Akker, diss., p. 115-116, 151-154, Tjong Tjin Tai, diss., par. 6.4.5, M. Bregstein, ‘De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplechtige aan contractbreuk’, in: *Verzameld werk*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1960, p. 314-338, Losbl. Verbintenissenrecht (Rank-Berenschot), art. 249-257, Algemene aspecten, aant. 87-97.

¹⁴ Losbl. OD II.3 (Van der Wiel), nr. 121-124, C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam (UvA), Kluwer: Deventer 1999, p. 149-162, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 62 en 66, en H.J.S.M. Langbroek, ‘Gebruikmaken van wanprestatie: (n)iets nieuws onder de zon?’, *MvV* 2010/3, p. 50-54.

¹⁵ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam (UvA), Kluwer: Deventer 1999, p. 253-305.

¹⁶ Noyon/Langemeijer & Rammelink, *Wetboek van Strafrecht*, art. 48, aant. 2, en HR 10 juni 1996, NJ 1997, 585.

¹⁷ Zie art. 48 lid 1 en 2 Sr.

¹⁸ Bregstein 1960, § 10 spreekt over wetenschap van de geschonden verbintenis; Boks, diss., p. 132-135 en 151-155, en Tjong Tjin Tai, diss., p. 211 en 214. Dit is analoog aan het strafrechtelijke vereiste van opzet voor medeplichtigheid.

¹⁹ Bijv. HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 en 424 (Cacharel), zie bovengenoemde literatuur (nt. 13).

aansprakelijkheid aan te nemen. Zelfs dan geldt dat er tevens bijzondere omstandigheden aanwezig moeten zijn opdat onrechtmatigheid kan worden aangenomen;²⁰ daaruit volgt dat ook voor het geval van *meewerken* aan wanprestatie of o.d. ten minste nog bijkomende omstandigheden nodig zijn.²¹

Voor zo'n terughoudende benadering is reden. Enerzijds volgt dit uit de relativiteit van overeenkomsten: zo is in het zelden aangehaalde arrest HR 27 februari 1998, NJ 1998, 494 (ASC/Barcadera) geoordeeld dat een tussen twee partijen overeengekomen exclusief recht nog niet meebrengt dat derden "rechtens verplicht zijn dit exclusieve recht te respecteren"; zodanige verplichting volgt uit wet noch ongeschreven recht.

De eis van wetenschap of voorzienbaarheid is logisch: zonder kennis van het gevolg kan men de daad zelf niet aanmerken als medewerking.²² De chauffeur van de bus waarmee een ontsnapte gevangene zich van de gevangenis verwijderd is weliswaar instrumenteel bij die ontsnapping, maar kan bij ontbreken van wetenschap niets kwalijk worden genomen. Deze eis zal geobjectiveerd moeten worden om hanteerbaar te zijn: het gaat er om of uit de vastgestelde feiten zodanige wetenschap kan worden afgeleid.²³ Er geldt geen algemene onderzoeksplicht;²⁴ alleen als de omstandigheden *prima facie* wijzen in de richting van zodanige onbehoorlijkheid dat geen medewerking dient te worden verleend, kan worden verwacht dat de hulppersoon nader onderzoek verricht. Het onderzoek dient dan dus om mogelijke aansprakelijkheid weg te nemen in een geval waar dit voorshands wel aan de orde is, om vast te stellen dat alles toch in orde is; het is geen vereiste in onschuldig ogende gevallen.²⁵ Alleen voor zulke gevallen is het dus nodig dat ook 'behoren te weten' (aldus ingevuld) kan volstaan in plaats van echte wetenschap. Dit moet niet te streng worden ingevuld: wanneer behoort iemand te weten dat hij behulpzaam is bij wanprestatie of onrechtmatige daad? Het lijkt mij onwenselijk dat in het algemeen wordt verwacht dat iedere

²⁰ Bijv. HR 23 december 2005, NJ 2006, 33.

²¹ Evenzo Bregstein 1960, § 16.

²² In het strafrecht blijkt dit uit het vereiste van opzet (art. 48 Sr).

²³ Vgl. bij eigen schuld aan een ongeval HR 30 maart 2007, NJ 2008/64, r.o. 4.2.

²⁴ Vgl. Van den Akker, diss., p. 153.

²⁵ Vgl. bij analogie het onderzoeken van mogelijk gevaar in geval van gevaarzetting, HR 29 november 2002, NJ 2003, 549 (Legionella), r.o. 3.6.3 en 3.6.4 en HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (Natronloog), waarover Tjong Tjin Tai WPNR 6620 (2005), par. 5.2, p. 371 r.k.n en ook par. 3, p. 368 l.k.

hulpvaardige burger eerst uitputtend onderzoek doet naar mogelijke onrechtmatigheid of wanprestatie. Er zal dus wel een grote mate van zekerheid van onrechtmatigheid of wanprestatie moeten zijn. Er zijn omstandigheden denkbaar waarbij ieder normaal mens zal inzien dat er sprake is van kwade bedoelingen: de burger die een wildvreemde helpt met inklimmen in en het wegdragen van een televisie uit een woning moet zich niet kunnen verschuilen achter een feitelijk gebrek aan wetenschap van inbraak.

De eis van weten of behoren te weten is op zichzelf onvoldoende. Dat de enkele wetenschap (en daarmee ook het 'behoren te weten') onvoldoende is, kan mede daaruit worden afgeleid dat diverse regels erop wijzen dat hulppersonen in bepaalde gevallen niet zelf aansprakelijk kunnen worden gehouden. Zo bepaalt art. 7:404 BW dat indien een opdracht is verricht met het oog op een persoon niet zijnde de opdrachtnemer (bijvoorbeeld een werknemer van de opdrachtnemer), deze zelf aansprakelijk is voor de correcte uitvoering daarvan.²⁶ Dit impliceert a contrario dat een werknemer die niet specifiek was aangewezen bij de opdrachtverlening, in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk is als zijn activiteiten mede wanprestatie tot gevolg hebben. Een andere opvatting zou moeilijk verdedigbaar zijn en tot ongewenste gevolgen leiden. Een werknemer kan door zijn werkgever verplicht worden een project te laten liggen en zal zo'n bevel moeten opvolgen, ook al weet hij dat de werkgever hierdoor niet tijdig zal nakomen. Evenzo zal een werknemer ontslag mogen nemen, ook al weet hij dat een project dan niet tijdig af komt. Zou men wel aansprakelijkheid aannemen, dan zou een werknemer in onoplosbare conflicten terecht komen en onaanvaardbaar gebonden raken in zijn arbeidsverhouding.

Nodig zijn dus bijkomende omstandigheden, maar welke? Ik zal trachten een beoordelingskader te schetsen.

4. Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad: bijkomende omstandigheden

²⁶ Deze bepaling is overigens (onder meer door mij) bestreden vanwege te ver strekkende gevolgen, en dient mijns inziens beperkt te worden geïnterpreteerd, zie Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV*, nr. 122 met verwijzingen.

In zijn algemeenheid lijkt het mij dat er eerder aansprakelijkheid kan zijn bij meewerken aan onrechtmatige daad, dan bij meewerken aan wanprestatie.²⁷ De onrechtmatigheid kan immers in beginsel worden vastgesteld zonder weet te hebben van interne afspraken tussen partijen.²⁸ ‘Medeplichtigheid’ aan een onrechtmatige daad is dan ook snel zelf onrechtmatig, al dan niet op grond van art. 6:166 BW. Daar staat tegenover dat het maatschappelijk verkeer erbij gebaat is dat mensen elkaar helpen en mogen helpen zonder voortdurend te moeten bezien of er eventueel nadelige gevolgen voor derden zijn van zodanige aard dat de activiteit waarbij geholpen wordt, onrechtmatig is. Ik kom hier zodadelijk op terug.

Er kunnen in elk geval twee bovengrenzen worden aangegeven. Ten eerste is de hulppersoon aansprakelijk als hij zozeer bij de daad betrokken is dat hij als mede-dader kan worden aangemerkt, dus wat strafrechtelijk als medepleger wordt aangeduid (art. 47 lid 1 sub 1 Sr). Ten tweede is er aansprakelijkheid als het gaat om meewerken aan een misdrijf: indien dit strafrechtelijk als medeplichtigheid kan worden gekwalificeerd is dit een schending van een wettelijke plicht, en om die reden onrechtmatig (art. 6:162 BW). Aan het relativiteitsvereiste zal jegens het slachtoffer van het misdrijf per definitie zijn voldaan. Medeplichtigheid aan een overtreding is evenwel niet strafbaar (art. 52 Sr). Dat sluit echter niet uit dat dit wel onrechtmatig is.

De analogie met het strafrecht suggereert een mogelijk beoordelingskader. In ernstige gevallen (misdrijven) is niet alleen medeplegen, doch ook medeplichtigheid strafbaar; bij lichtere gevallen (overtredingen) willen we de medeplichtige niet bestraffen. Dit wijst er op dat medeplichtigheid, en dus meewerken aan onrechtmatige daad, alleen in ernstige gevallen tot aansprakelijkheid leidt. Dit zal sneller zijn dan in het strafrecht (dat immers ultimum remedium is), doch wel een significante drempel inhouden. Nodig zal dus zijn een voldoende ernstige aantasting van belangen van derden.²⁹

Enige voorbeelden helpen wellicht. Het verschaffen van een koevoet aan iemand die heeft aangekondigd te willen inbreken lijkt mij op zich

²⁷ Enigszins vergelijkbaar Bregstein, § 4.

²⁸ Zij het dat toestemming de onrechtmatigheid in beginsel wegneemt.

²⁹ Vgl. Boks, diss., p. 132-135 en 151-155, instemmend Tjong Tjin Tai, diss., p. 214.

onrechtmatig,³⁰ doch is het ook onrechtmatig om iemand te tonen hoe hij met behulp van Facebook kan nagaan of de bewoners afwezig zijn? Het lijkt mij dat zulke gevallen vooral zullen draaien om de wetenschap van het oogmerk van de dader. Er kan best twijfel bestaan of er werkelijk een kwade bedoeling is en of dit tot schade zal leiden. Het verschaffen van alcohol aan iemand die vervolgens onder invloed een ongeluk veroorzaakt is in beginsel niet onrechtmatig, al is het omdat niet vaststaat dat zo'n ongeluk zal plaatsvinden. Als echter zonneklaar is dat de daad verboden is, lijkt mij medewerking inderdaad onrechtmatig: de maatschappij is er niet mee gediend dat zulke daden worden bevorderd. Een voorbeeld is de uitzending van door de rechter op straffe van een dwangsom verboden beelden.³¹ Voorbeelden als de verkoop van radardetectoren en hulpmiddelen voor wietplantages of het afbreken van een beschermd monument zijn minder geschikt omdat daar meestal geen concrete laedens is aan te wijzen. Uiteindelijk lijkt het er om te gaan of de ernst van de overtreding zodanig is dat dit opweegt tegen het nadeel van belemmering van de specifieke behulpzaamheid.

Bij medewerking aan wanprestatie kan niet snel aansprakelijkheid worden aangenomen: aansprakelijkheid als regel zou ertoe leiden dat een subjectieve verbintenis *erga omnes* werking verkrijgt.³² Overigens moet worden vastgesteld dat wanprestatie maatschappelijk gezien in het algemeen niet geoorloofd is: nakoming is de norm, er is geen recht op wanprestatie.³³ Het gaat er alleen om in hoeverre we de medewerking aan wanprestatie ook onbehoorlijk vinden. Hierbij zal de loutere omvang van het aangetaste belang op zich niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden: in het bedrijfsleven kunnen enorme bedragen gemoeid zijn met wanprestatie, doch de daarbij behulpzame partijen dienen in beginsel gevrijwaard te blijven van aanspraken, omdat anders het maatschappelijk verkeer vastloopt. Hulppersonen kunnen moeilijk beoordelen of het gaat om een *toerekenbare* niet-nakoming, en hebben ook geen inzicht in verdere afspraken of achtergronden daarvan. Uit het vereiste

³⁰ Al is de verkoper niet snel aansprakelijk: hij zal meestal niet weten (en ook niet willen weten) van zo'n doel.

³¹ Vzr. Rb Amsterdam 9 april 2010, LJN BM0564 en 16 april 2010, LJN BM1465, uiteindelijk HR 5 oktober 2012, LJN BW9230.

³² Tjong Tjin Tai, diss., p. 212.

³³ Vgl. Melis-Waaijer, De notariswet, 8^e dr. 2012, p. 49-50, D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, diss. Amsterdam (VU), [tevens](#) Kluwer: Deventer 2009.

van wetenschap volgt vanzelf een begrenzing. Meewerken aan wanprestatie zal veelal pas onrechtmatig kunnen zijn als de wanprestatie zelf ook een onrechtmatige daad uitmaakt of daar dicht tegen aan ligt. In andere gevallen is het de contractuele schuldenaar die door de schuldeiser moet worden aangesproken, en geen ander: de schuldeiser heeft zijn schuldenaar uitgekozen en heeft in de contractuele verhouding zonodig nadere waarborgen kunnen afspreken. Pas als de *ernst* (dus niet louter de omvang) van de wanprestatie voldoende is, kan de medewerking tot aansprakelijkheid leiden. Het gaat dan eerder om een moreel verwijt: is naar maatschappelijke opvattingen³⁴ de medewerking onbehoorlijk? Een voorbeeld kan wellicht zijn de medewerking aan structurele schending van de financiële zorgplicht van financiële dienstverleners. Het is lastig om sprekende voorbeelden te vinden, wat onderstreept dat hier niet snel sprake van is.

Men kan tegenwerpen dat hiermee te veel personen te gemakkelijk aansprakelijk zullen zijn. Twee begrenzungen zijn mijns inziens zinvol. Er zal voldoende verband moeten bestaan tussen de primaire daad en de hulp: het voeden van een bankrover staat weliswaar in causaal verband met de roof, doch lijkt mij te weinig verband te hebben om onrechtmatig te zijn.³⁵ Een vergelijkbare toets is of de hulp wel een zodanig groot aandeel heeft bij de daad, dat dit tot aansprakelijkheid moet leiden. Loutere ‘kale’ facilitering door verschaffing van algemene hulpmiddelen (zoals vervoer of communicatie) valt snel hierbuiten – met name als het om wanprestatie gaat –, wat echter anders kan zijn als de hulp essentieel was of zekerheid over de onrechtmatigheid bestond. Daarnaast zal het vereiste van wetenschap in veel gevallen ook tot noodzakelijke begrenzing leiden.

Er kunnen nog andere bijkomende omstandigheden een rol spelen, die deels zojuist al aan de orde kwamen. Te denken valt aan de aard van de fout (wanprestatie of onrechtmatige daad), de wijze waarop de daad gepleegd is (bijvoorbeeld door bedrieglijke handelingen), de aard van de medewerking (doen of laten), het aandeel van de medewerking bij de daad, de relatie van de hulppersoon tot de dader (bijvoorbeeld werknemer of bestuurder) en tot de

³⁴ Vgl. over het vinden van opvattingen in de maatschappij P. Memelink, *De verkeersopvatting*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2009.

³⁵ Dit zou ook kunnen worden opgelost doordat de schade niet redelijk toerekenbaar is (art. 6:98 BW).

benadeelde, en dergelijke. Ook de hoedanigheid van de hulppersoon kan van belang zijn, dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

Concluderend: onder de bijkomende omstandigheden is met name van belang de aanwezigheid van een voldoende ernstige schending van het belang van de derde, naast de aard van de medewerking.

5. Meewerken bij beroepsbeoefenaren

De vorenstaande overwegingen gelden op zichzelf ook voor de categorie van beroepsbeoefenaren, waarmee ik hier bedoeld: partijen die een bijzondere maatschappelijke rol of functie vervullen.³⁶ Zulke beroepsbeoefenaren dienen mede specifieke maatschappelijke belangen door het verzorgen van bepaalde functies en/of waarborgen van zekere belangen.³⁷ Om die reden wordt doorgaans van hen zowel vakkundigheid als morele integriteit verwacht: zij moeten inhoudelijk en moreel betrouwbaar zijn.³⁸ De maatschappelijke rol leidt tot ambivalente maatschappelijke verwachtingen.

Enerzijds wordt verwacht dat zij instrumenteel, faciliterend zijn. Dit uit zich veelal daarin dat zij geen gewone contractvrijheid hebben: zij zijn veelal verplicht tot dienstverlening.³⁹ Bij het notariaat is dit uitdrukkelijk erkend in de zogenaamde ministerieplicht. Dit wijkt af van wat bij gewone ondernemingen geldt: daar heerst contractvrijheid, behoudens mededingingsrechtelijke beperkingen. Anderzijds wordt ook vanuit de maatschappelijke functie verwacht dat beroepsbeoefenaren niet meewerken aan aantasting van maatschappelijke belangen. Deze verwachting is tamelijk diffuus en misschien niet altijd even doordacht: zo is een bekende steen des aanstoets de verdediging door advocaten van verdachten die hun schuld hebben bekend. Nochtans omvat deze verwachting een reël en te rechtvaardigen intuïtie.

Beroepsbeoefenaren zijn, doordat zij veelal een de facto of de iure beperkte, gesloten groep uitmaken, als groep in staat om het plaatsvinden van

³⁶ Dus beperkter dan dienstverleners in het algemeen, doch ruimer dan gereglementeerde beroepen (zie Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV*, nr. 64).

³⁷ Tjong Tjin Tai, diss., p. 173-175.

³⁸ Zoals bijvoorbeeld blijkt uit tuchtrechtelijke toetsen, een vereiste verklaring omtrent gedrag, of de toets van bestuurders van banken (waarover A. de Moor-van Vugt, *Buiten twijfel*, oratie UvA 2010).

³⁹ Nader I.S.J. Houben, *Contractdwang*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2005, met name hfdst. 5.

zekere daden te verhinderen of tenminste te bemoeilijken: dat is de keerzijde van hun faciliterende rol. Zij zijn hierdoor in de rol van poortwachters, 'gatekeepers'.⁴⁰ Zij zijn bij uitstek in staat om een regulerende rol te vervullen, door onwenselijke transacties tegen te houden. We zien dit bij de aansprakelijkheid voor Internet Service Providers (art. 6:196c BW). Enerzijds geldt er een vrijwaring zolang de ISP niet op de hoogte is van de onrechtmatigheid van de met zijn hulp op Internet beschikbare informatie, anderzijds vervalt die vrijwaring zodra hij wel op de hoogte is. Dan zal volgens de gewone normen moeten worden getoetst of hij aansprakelijk is. Met deze, op de Richtlijn E-commerce (2000/31/EG) terug te voeren, regel is enerzijds de faciliterende rol van ISP's erkend, anderzijds uitdrukkelijk geweigerd deze te doen uitstrekken tot gevallen waarin de onrechtmatigheid bekend was. De vroegere Wet Melding Ongebruikelijke Transacties⁴¹ is een ander voorbeeld.

Dit brengt met zich dat de faciliterende rol van de beroepsbeoefenaar niet in de weg staat aan aansprakelijkheid als die medewerking leidt tot een onrechtmatige daad of wanprestatie. Dit blijkt in het bijzonder uit de hierna te bespreken THB-arresten,⁴² alsmede uit een geval waarin een bank aansprakelijk was wegens het toelaten dat een cliënt van haar beleggingsactiviteiten in strijd met de Wet toezicht effectenverkeer verrichte.⁴³ In beide gevallen verwijst de Hoge Raad naar de maatschappelijke rol van de beroepsbeoefenaar. Die rol lijkt derhalve juist een positieve aanwijzing voor aansprakelijkheid te zijn, geen contra-indicatie.

Hierbij moet nochtans worden opgemerkt dat het in de hier genoemde gevallen gaat om onrechtmatig handelen,⁴⁴ en veelal zelfs daden die mogelijk strafrechtelijk te vervolgen zijn. Loutere wanprestatie geeft niet snel aanleiding tot geschillen, reeds omdat de wetenschap van wanprestatie doorgaans zal ontbreken. Zonder uitputtend onderzoek, waar mij in dit kader de gelegenheid voor ontbreekt, is het lastig om hier harde uitspraken over te

⁴⁰ J.C. Coffee, *Gatekeepers. The Role of the Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press: Oxford 2006.

⁴¹ Zie thans de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

⁴² HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-629 (THB).

⁴³ HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (Fortis/Stichting Volendam), r.o. 6.3.2..

⁴⁴ Naast eventuele wanprestatie: het kan gaan om een samenloop.

doen.⁴⁵ Nochtans heb ik de indruk dat hier in de loop der tijd verschuivingen zijn opgetreden: het lijkt erop dat beroepsbeoefenaren vroeger evident bepaalde handelingen zouden hebben geweigerd reeds op grond van moraal of beroepsethiek, terwijl tegenwoordig veel sterker de neiging bestaat dat men zich neutraal faciliterend mag opstellen. Misschien is dit een gevolg van de dominantie van marktdenken, misschien is het de vrees om moraliserend over te komen?

6. Meewerken door de notaris

De notaris is een beroepsbeoefenaar, waar de bovengeschetste overwegingen op zichzelf onverkort op van toepassing zijn. Over zijn positie is beduidend meer geschreven dan ten aanzien van andere beroepsbeoefenaren.⁴⁶ Dit komt vermoedelijk voort uit de specifieke rol van de notaris: zijn cruciale rol bij het passeren van aktes is principieel faciliterend (het mogelijk maken bepaalde rechtshandelingen te verrichten), doch tevens adviserend (het adviseren van comparanten over de betekenis en gevolgen van die rechtshandeling). De rechtshandelingen waar de notaris bij betrokken is kunnen onderdeel uitmaken van een geheel van daden die gezamenlijk onrechtmatig zijn of wanprestatie uitmaken, terwijl de notaris uit zijn functie verplicht is tot controles, waardoor hij ook op de hoogte is en moet zijn van bijvoorbeeld verbintenissen die zijn neergelegd in aktes die in het kadaster zijn ingeschreven. Dit betekent dat (1) zijn medewerking essentieel is voor de beoogde daad, en (2) hij veelal wetenschap heeft van relevante contractuele of andere beperkingen.

Als het gaat om medewerking aan onrechtmatige daden is naar ik meen het bovenbeschreven kader zonder meer van toepassing. In de THB-arresten⁴⁷ betrof het meewerken aan hypotheekfraude die bestond uit het zeer snel doorverkopen tegen steeds hogere koopprijs van onroerend goed, om daarmee hypothecaire leningen te verkrijgen die niet door een reële waarde waren

⁴⁵ In Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV*, nr. 204 geef ik slechts aan dat niet snel sprake is van aansprakelijkheid.

⁴⁶ Zie uitvoerig de verwijzingen in Losbl. Verbintenissenrecht (Rank-Berenschot), art. 249-257, Algemene aspecten, aant. 97, ook bijv. bij Melis-Waaijer, *De notariswet*, 8^e dr., Kluwer: Deventer 2012, p. 39-65, m.n. 46-50, Boks, diss., p. 131-155, Van den Akker, diss., p. 151-154, Van Oostrom-Streep 2006 en 2012, en Tjong Tjin Tai, diss., p. 231.

⁴⁷ Met name HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (THB II), r.o. 4.5.2-4.

gedekt. Dit was een vrij uitzonderlijke en evident onrechtmatige handelswijze, die leidde tot het faillissement van de Tilburgse Hypotheekbank en daarmee ook haar schuldeisers benadeelde. De notaris kon zich daar niet verschuilen achter zijn faciliterende rol. In die procedures gaf de Hoge Raad aan dat “alleen onder bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van een zorgplicht van de notaris jegens derden” (THB II, r.o. 4.5.4), en in casu was het verwijt geheel toegespitst op het ernstig gevaar voor insolventie van de THB (zie r.o. 4.5.4). Dit alles maakt het lastig om een duidelijke norm aan alleen deze arresten te ontleen: enerzijds lijkt de Hoge Raad tot terughoudendheid te manen, anderzijds is er alleen geoordeeld over een specifiek verwijt. Hierbij speelt mogelijk mee dat het type onrechtmatige daad dat hier aan de orde was alleen te herkennen was met enige additionele kennis: de notaris moest het samenstel van de verschillende aktes bezien om het onrechtmatige karakter van het geheel te kunnen herkennen.⁴⁸ De terughoudendheid van de Hoge Raad komt wellicht daaruit voort dat het loutere medewerken aan onrechtmatigheid inderdaad niet onrechtmatig is, vooral niet als dit niet duidelijk te herkennen is. Dat ligt echter mogelijk anders als er al sprake is van wetenschap van de onbehoorlijkheid van het handelen.

De discussie gaat vooral over meewerken aan wanprestatie. In het verleden, voordat de mogelijkheid van een *Vormerkung* bestond, was er veel discussie en enige jurisprudentie over de rol van de notaris ingeval van dubbele verkoop. De notaris liet het dan vaak aankomen op een kort geding waarin de President, thans de Voorzieningenrechter, uitmaakte aan wie naar zijn voorlopig oordeel geleverd diende te worden en een dienovereenkomstig bevel aan de notaris gaf.⁴⁹ Dit is thans overbodig doordat art. 7:3 BW bepaalt dat na een *Vormerkung* latere daden niet werkzaam zijn tegen de oudste rechthebbende.

In het licht van de in de vorige paragrafen geschetste afwegingen en overwegingen, gaat het er om in hoeverre het maatschappelijk gezien onbehoorlijk wordt gevonden dat de notaris meewerkt aan bepaalde vormen

⁴⁸ Dat het hierbij ging om wat de notaris daadwerkelijk moest en kon weten, blijkt mede uit HR 19 juni 1998, NJ 1999, 288 (THB IV), waar de grens aan de onderzoeksmogelijkheden van de notaris relevant werd geacht.

⁴⁹ Zie verwijzingen bij Tjong Tjin Tai, diss., p. 215, Houben, diss., p. 114-117, Van Oostrom-Streep 2006.

van wanprestatie die hij in zijn hoedanigheid heeft te constateren.⁵⁰ Voor vormen van wanprestatie die zich niet aanstonds aankondigen geldt dat hij niet aansprakelijk is bij gebreke van wetenschap.⁵¹ Bepaalde bedingen zijn evenwel in aktes neergelegd die de notaris in zijn rol nauwkeurig dient te bestuderen: deze zijn hem dus ambtshalve bekend. Deze kunnen dus aanleiding geven voor aansprakelijkheid bij medewerking van schending hiervan.

Voor kettingbedingen in het bijzonder is blijkens de literatuur reeds in 1986 in de beroepsgroep zelf blijk gegeven van de overtuiging dat medewerking aan schending daarvan onbehoorlijk was.⁵² De auteurs die zich daarna hierover hebben uitgelaten zijn verdeeld.⁵³ Ik kan mij niet geheel aan de indruk onttrekken dat de literatuur op dit punt een weerslag is van schuivende opvattingen in de beroepsgroep, die de faciliterende, neutrale rol benadrukken ten koste van de corrigerende functie van de notaris. De vraag is evenwel of dit ook in overeenstemming is met de maatschappelijke opvattingen. Deze lijken mij veeleer in de tegenovergestelde richting te bewegen. Derhalve zie ik geen principieel bezwaar tegen een zorgplicht op dit punt, zij het dat dan nog open blijft tot hoe ver deze zich uitstrekt.

Waar kettingbedingen uit de aard van de notariële werkzaamheid naar boven komen, en ook rechtstreeks betrekking hebben op het passeren van de akte (immers het kettingbeding strekt ertoe dat de verplichting ook in de nieuwe akte zal worden neergelegd), lijkt aansprakelijkheid in de rede te liggen: de opvatting in de beroepsgroep in 1986 onderstreept dit. Het is minder zeker of dit ook geldt voor andere mogelijke vormen van meewerken aan wanprestatie.

Een omstreden casus is de tuchtrechtelijke uitspraak Hof Amsterdam 24 mei 2011, LJN BV2685.⁵⁴ Deze betrof een in de hypotheekakte neergelegd beding inhoudende dat geen tweede hypotheek zou worden verleend zonder toestemming van de eerste hypotheekhouder. De notaris heeft na enig wikken

⁵⁰ Melis-Waaijer, p. 49 wijst ook op dit maatschappelijk aspect.

⁵¹ Het betoog van Van Oostrom-Streep 2006 lijkt vooral te berusten op de moeilijkheid vast te stellen of er onrechtmatigheid c.q. wanprestatie is.

⁵² Rank-Berenschot, aant. 97 en Melis-Waaijer, p.48 noemen het Rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris, Preadvies KNB 1986, p. 22 e.v.

⁵³ Zie Rank-Berenschot, ook Van Oostrom-Streep 2012.

⁵⁴ Wibier 2012, Van Oostrom-Streep 2012, ook Melis-Waaijer, p. 54-55.

en wegen de tweede hypotheekakte gepasseerd ofschoon de hypotheekgever geen toestemming had gevraagd en dat desverzocht ook heeft geweigerd. De notaris is tuchtrechtelijk veroordeeld na een klacht van de eerste hypotheekgever.

Ik aarzel of deze uitspraak grote betekenis heeft. In het bijzonder – daar is ook in de commentaren op gewezen – was de eerste hypotheekhouder een voormalige comparant, met wie in zoverre een cliëntrelatie heeft bestaan. Er kan dan nog steeds een post-contractuele zorgplicht gelden, die ertoe kan verplichten ofwel zijn voormalige cliënt te wijzen op de wanprestatie, ofwel hem anderszins te waarschuwen dat zijn rol nu een andere is.⁵⁵ Dit lijkt mij een bepaald relevante omstandigheid, waardoor de precedentwaarde van deze casus gering is. Dat voor een andere notaris niet zodanige post-contractuele zorgplicht gold en die mogelijk wel had kunnen passeren,⁵⁶ maakt dit niet anders: die notaris bevindt zich in een andere positie. Evenzo kan een advocaat geen twee cliënten met tegenstrijdige belangen bijstaan, waaraan niet afdoet dat dan één van de cliënten wel door een andere advocaat kan worden bijgestaan.

Dit betekent dat mijns inziens het nog steeds een open vraag is in hoeverre een notaris mag meewerken aan wanprestatie, bestaande het niet-naleven van een uit een eerdere notariële akte blijkend beding, terwijl de wanprestatie verband houdt met het verrichten van een rechtshandeling in een te passeren notariële akte. In de commentaren⁵⁷ op genoemde tuchtrechtelijke uitspraak van 24 mei 2011 is gewezen op het bezwaar dat hiermee zakelijke werking wordt verleend aan contractuele bedingen, terwijl verder het argument is aangevoerd dat een partij die additionele zekerheid wenst die zelf kan verkrijgen op andere wijzen (en kennelijk dus eigen schuld te verwijten valt). Deze overwegingen leggen enig gewicht in de schaal, doch zijn mijns inziens niet doorslaggevend.

Wat betreft de zakelijke werking: Bregstein wees er reeds op dat aansprakelijkheid van de tweede koper jegens de eerste koper leidt tot een zekere zakelijke werking van de koopovereenkomst, doch zag dit niet als

⁵⁵ Zie het boven genoemde arrest HR 2 februari 2001, NJ 2002, 379 (Vonk Beheer).

⁵⁶ Zoals Van Oostrom-Streep 2012 betoogt.

⁵⁷ Wibier 2012 en Van Oostrom-Streep 2012.

beletsel voor het aannemen van die aansprakelijkheid.⁵⁸ Dat verbintenissen niet op zichzelf zakelijke werking hebben, betekent niet dat er niet langs andere weg een vergelijkbaar effect kan worden bewerkstelligd.⁵⁹ De Hoge Raad heeft in het bijzonder, omgekeerd, bepaald dat een contractverhouding een 'schakel' in het rechtsverkeer vormt waarmee de belangen van derden kunnen zijn verbonden, en daarom onder omstandigheden derden ook een beroep op de naleving van dat contract kunnen doen jegens contractspartijen.⁶⁰ Dit sluit aan bij wat mijns inziens de crux is voor de beoordeling van het onderhavige probleem: gaat het om een contractueel beding van zodanige aard dat het maatschappelijk gezien hoogst onwenselijk wordt geacht dat dit niet nageleefd wordt? Zoals in *Vleesmeesters/Alog* een contractspartij soms jegens een derde verplicht blijkt te zijn tot contractsnaleving, kan een notaris soms verplicht zijn contractsnaleving af te dwingen ten behoeve van een derde. Opzettelijke wanprestatie is weliswaar in het algemeen niet strafbaar, doch wordt wel onbehoorlijk gevonden.⁶¹

Het lastige is dat in *Vleesmeesters/Alog* het de wanpresterende partij zelf was die werd aangesproken en dan ook weinig medelijden verdient. In de onderhavige type casus is het een buitenstaander, de notaris, die gemangeld wordt tussen zijn wanpresterende opdrachtgever en diens oorspronkelijke contractspartij. Onzekerheid ten aanzien van de vraag wanneer de notaris nu wel of niet mag meewerken komt dan volledig voor risico van de notaris, hetgeen onwenselijk is. Het lijkt mij ook in zijn algemeenheid te ver gaan dat aansprakelijkheid geldt bij overtreding van willekeurig welk contractueel beding.

Zelf ben ik geneigd de opinie over kettingbedingen op te vatten als indicatie dat het moet gaan om een beding waarvan de (controle op de) naleving binnen de gewone notariële werkzaamheid valt. Dit zal gelden voor

⁵⁸ Bregstein 1935, § 19.

⁵⁹ En verder kan het verbintenissenrecht zakenrechtelijke fouten rechtekken, zoals in HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143 (ongerechtvaardigde verrijking als grond voor herstel van een verloren gegane erfdienstbaarheid).

⁶⁰ HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*), vgl. HR 20 januari 2012, LJN BT7496.

⁶¹ Althans in continentale rechtsstelsels; onder *common law* geldt een andere leer die in de richting gaat van *efficient breach*. Het voert te ver hier thans nader op in te gaan. Zie [D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, diss. Amsterdam \(VU\), tevens Kluwer: Deventer 2009](#).

opnemen van bedingen in volgende aktes of andere instructies over volgende aktes. Dit valt mogelijk ook uit te breiden tot additionele vormvoorschriften of voorwaarden voor latere rechtshandelingen, zoals toestemmingsvereisten en optierechten. Het lijkt mij dat dan de grens is bereikt: het houdt op waar het niet gaat om de specifieke deskundigheid van de notaris.⁶² De reden om te vereisen dat de notaris zulke controles daadwerkelijk uitvoert, is gelegen in de rol die de notaris heeft: de maatschappelijk opvatting is kennelijk dat bij zorgvuldige, behoorlijke werkzaamheid rond het passeren van aktes ook behoort dat de controle van contractuele bedingen wordt uitgevoerd. De controlerende rol van de notaris is nu eenmaal inherent aan de maatschappelijke functie van de notaris. Het lijkt moeilijk aanvaardbaar dat de notaris wél de vertegenwoordigingsbevoegdheid van comparanten moet controleren,⁶³ maar niet of ook is voldaan aan contractuele voorwaarden in eerdere aktes. Overigens is dit maar een eerste suggestie: voor een grondiger beoordeling is een diepgaandere bestudering van de mogelijke casuïstiek nodig. Een oplossing zou mogelijk gelegen kunnen zijn in ruimere communicatie, waar de notaris dan wel toestemming voor moet afdwingen.⁶⁴

Bij dit alles lijkt mij de voorspelbaarheid van groot belang. Deze moet echter niet worden bereikt door een verabsolutering van de faciliterende rol van de notaris, eerder door niet bij alle twijfelachtige gevallen tot onrechtmatigheid te concluderen. Het eerder geschetste kader inzake het vereiste van wetenschap kan hier behulpzaam zijn. Een ander bekend hulpmiddel is dat de notaris een bevel van de Voorzieningenrechter in kort geding afwacht. Dit leidt tot extra kosten en oponthoud,⁶⁵ maar kan juist bij twijfelgevallen duidelijkheid verschaffen. Als het gaat om civiele aansprakelijkheid kan de notaris wellicht onder omstandigheden een vrijwaring door zijn opdrachtgever afdwingen.

⁶² Vgl. voor gewone notariële zorgplichten HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286, rov. 3.5.3, ook HR 9 december 1983, NJ 1984, 342 (Van Popering/ Willemse), rov. 3.8.

⁶³ HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (Cezet).

⁶⁴ Hetgeen wellicht zou kunnen door dat als voorwaarde voor zijn dienstverlening te stellen; vgl. ook de praktijk dat ISP's contractueel afdwingen dat zij na een klacht van een derde een website van hun klant uit de lucht mogen halen. Ten aanzien van de notaris zie Melis-Waaijer, p. 51 voor een overzicht van mogelijkheden.

⁶⁵ Melis-Waaijer, p. 41 noemt diverse bezwaren en verwijst naar verdere literatuur, zie ook literatuur in nt. 49 hierboven voor verwijzingen.

Ik heb mij overigens slechts uitgelaten over de regels naar aansprakelijkheidsrecht. Het notarieel tuchtrecht kan andere normen hanteren. Ik aarzel ook of de tuchtrechter aangewezen is voor rechtsontwikkeling op dit punt, mede gelet op de stringenter naleving die tuchtrechtelijke uitspraken hebben bij te goeder trouw zijnde beroepsgenoten.⁶⁶ Een grondiger debat over de grenzen van de notariële medewerking zou zinvoller zijn dan een onomkeerbare strengheid bij de tuchtrechter. Vanuit dat oogpunt heb ik ook enige moeite met de besproken tuchtrechtelijke uitspraak, ook al sluit deze aan bij civielrechtelijke jurisprudentie.

7. Tot slot

Dit alles overziend moet ik erkennen dat er ogenschijnlijk een discrepantie lijkt te zijn tussen de voorzichtige benadering voor medewerking in het algemeen, en de strengere normen waar ik bij de notaris op uitkom. Toch lijkt dit een onvermijdelijke uitkomst van deze poging om het recht op dit onontgonnen gebied verder te ontwikkelen. Toekomstig onderzoek brengt ons wellicht op nog betere inzichten.

⁶⁶ Waardoor het alleen maar strenger wordt: een goed notaris zal immers niet louter om de norm te betwisten deze overtreden.